

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL*

LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO

Professor da EMERJ e da UNESA. Juiz de Direito TJ/RJ

Carl Schmitt, polêmico constitucionalista alemão da primeira metade do século passado, dizia que é em situações de estado de necessidade que a Constituição é convocada para demonstrar sua força normativa. Anos depois, outro constitucionalista alemão, Konrad Hesse, comprovou o acerto da tese de Schmitt e concluiu que *“não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força”*¹.

A recente história do nosso país testemunha, por sua vez, a correção desse pensamento. Durante a ditadura militar, a Constituição era *adequada*, a toda a hora, aos ditames da segurança nacional, a cujo preceito todos – inclusive e infelizmente até o Judiciário – tinham de se curvar. Sua normatividade, assim, era condicionada ao poder militar, sem qualquer concessão.

O momento presente, apesar do exercício democrático que o País experimenta, também é um momento em que a força normativa da Constituição tem sido posta à prova. Já no governo Collor de Mello e no atual governo, as leis da economia passaram, perigosamente, a ditar as condutas governamentais e a impor à sociedade verdades absolutas, acondicionadas em fórmulas e equações ininteligíveis para o grande povo, sob a ameaça da hiperinflação, da crise cambial e da crise energética, sucessivamente. E quem se atreve a ir de encontro à diretriz governamental é logo acusado de *não pensar no Brasil*.

* Palestra proferida na EMERJ na qualidade de debatedor do Professor Luís Roberto Barroso, por ocasião do Seminário sobre “Direito Constitucional” realizado no dia 29/06/2001.

¹ A **Força Normativa da Constituição**, 1991, Sérgio Antonio Fabris Editor.

Parte da imprensa segue a mesma trilha de onipotência das circunstâncias econômicas sobre os ditames constitucionais. Agora há pouco, tendo a crise energética como pano de fundo, o cineasta e comentarista político da TV Globo, Arnaldo Jabour, disse, censurando o Judiciário, que os juízes precisam aprender que liminar não faz chover. O governo, que sabe fazer chover medidas provisórias, até hoje não conseguiu fazer chover no sertão nordestino. E o comentarista também só sabe fazer chover nos seus filmes.

No plano estadual, um governo irresponsável descumpre reiteradamente a Constituição e as decisões judiciais, sem a menor cerimônia.

Estamos, portanto, em um tempo em que a força normativa da Constituição de 1988 está realmente sendo posta à prova.

Voltando a Konrad Hesse², o autor explica que a Constituição “*converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral, - particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder, mas a vontade de Constituição*”, que, segundo o próprio, consiste “*na compreensão da necessidade de uma ordem jurídica inquebrantável*”, na “*compreensão que essa ordem é mais do que legitimada pelos fatos*” e que essa “*ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana*”.

Diariamente os Juízes são chamados para extraírem da Constituição toda a sua força normativa. Às vezes o fazem bem, outras vezes o fazem timidamente e outras nem o fazem como deveriam fazer. Cabe a nós Juízes identificarmos quais são as tarefas impostas pela Constituição e executá-las quando essas tarefas esbarrarem nos óbices impostos por uma legislação infraconstitucional, pré ou pós-constitucional, com ela incompatível.

Algumas questões estão sendo postas agora aos Juízes e outras certamente serão submetidas em futuro muito próximo. Podemos destacar três questões incidentemente em vara cível, de família e criminal, respectivamente, para pôr em teste a decantada interpretação constitucional.

1. A PROIBIÇÃO DE CONCESSÃO DE LIMINARES E DE ANTECIPAÇÕES DE TUTELA CONTRA O PODER PÚBLICO

A primeira delas diz respeito à concessão de medidas cautelares e de antecipações de tutela contra o Poder Público. Como todos sabem, as Leis

² *Op. cit.*

8.076/90, 8.437/92 e 9.494/97 restringem sobremaneira a concessão de liminares e de antecipações de tutela contra o Poder Público, em confronto não só com a constitucionalização da tutela de emergência, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição, mas, também, com o que a doutrina chama de reserva de jurisdição, em que se situaria a tutela de emergência, como desdobramento natural e insofismável do poder jurisdicional.

Vamos detalhar um pouco mais a questão para permitir sua ampla compreensão e a manifestação do conferencista.

Na medida em que a reconstrução democrática passou a permitir que o Poder Judiciário exercesse sua função institucional de dizer o Direito, o Poder Executivo sentiu-se incomodado com sua atuação, especialmente por conta de liminares contra os sucessivos planos econômicos que o País experimentou. Sua reação foi a edição de medidas provisórias que se transformaram em leis, visando a obstaculizar a concessão de medidas liminares ou de antecipações de tutela contra o Poder Público.

A primeira dessas leis foi a Lei nº 8.076/90 que proibiu a concessão de liminares contra o plano econômico elaborado pelo Governo Collor até a então longínqua data de 15/09/92.

A segunda foi a Lei nº 8.437/92 que, entre outras providências, cerceou a concessão de liminar em ação cautelar toda a vez que providência semelhante não puder ser concedida em mandado de segurança (casos de adição de vencimentos ou reclassificação de funcionários públicos). Estabeleceu, ainda, que em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública a liminar só pode ser concedida após audiência do Poder Público, que o fará em 72 horas.

Finalmente, a última providência nesse sentido restritivo veio com a Lei nº 9.494/97 que estendeu a sistemática prevista para a medida liminar em ação cautelar para as antecipações de tutela.

Importa aqui separar o joio do trigo. Algumas das providências referidas encontram-se dentro da esfera de possibilidade do legislador ordinário, como aquela que veda liminares ou antecipações de tutela em casos de adição de vencimentos ou de reclassificação de funcionários públicos, situações já previstas na legislação que rege o mandado de segurança e que nunca foi atacada de inconstitucional.

Outra coisa é vedar peremptoriamente a concessão de liminar contra os planos econômicos do governo ou permiti-la somente em data futura, como fez a Lei nº 8.076/90. Há, aí, evidente inconstitucionalidade, pois não

só o direito de ação está constitucionalizado, como o direito à tutela de emergência. Fê-lo o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição:

“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A Lei nº 8.076/90, inequivocamente, tentou subtrair do conhecimento do Poder Judiciário ameaça a eventual direito, incidindo, assim, em flagrante inconstitucionalidade.

A segunda lei referida – Lei nº 8.437/92 –, em seu artigo 2º, também beira a inconstitucionalidade, quando determina que a liminar só pode ser deferida após a oitiva do Poder Público, nos mandados de segurança coletivos e nas ações civis públicas. Embora em seu teor literal não exista inconstitucionalidade, porque não há supressão da possibilidade de conhecimento por parte do Judiciário, nem proibição de concessão de liminares, uma interpretação extremada e literal pode resultar em inconstitucionalidade. Suponha-se que um município esteja prestes a transferir seu vazadouro de lixo de um lugar para outro, sem observância das cautelas legais, sem relatório de impacto ambiental, sem ouvir a comunidade em audiência pública e sem observar que no novo local há importante veio de água que abastece a cidade. Proposta a ação civil pública, se o juiz interpretar literalmente o artigo 2º da Lei citada, não poderá conceder a liminar antes da oitiva do município, que terá 72 horas para fazê-lo. Nesse meio tempo, o município pode perfeitamente transferir o vazadouro de lixo e contaminar o ambiente de forma irremediável. A concessão de liminar *inaudita altera parte*, no caso, se impõe como única forma de evitar mal maior. O impedimento criado pelo referido artigo 2º afigura-se, em situações de extrema emergência, inconstitucional.

A inconstitucionalidade só existe, frise-se, em caso de extrema emergência. Não sendo extrema, podendo aguardar-se a oitiva do Poder Público e as 72 horas para manifestação, a providência até consulta aos melhores interesses de realização da prestação jurisdicional, para evitarem-se liminares temerárias.

Por fim, sempre que a Lei nº 9.494/97 produzir os mesmos efeitos em antecipações de tutela, a conclusão será a mesma. Ou seja, quando a proibição de concessão de liminar for inconstitucional, também o será a concessão de antecipação de tutela.

A inconstitucionalidade apontada não decorre somente do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, mas da própria estruturação do Poder Judiciário. A função constitucional do Poder Judiciário é essa mesma, de dizer o Direito, de evitar a restrição indevida de situações legais de vantagem. Fazê-lo após a concretização do dano, sem possibilidade de evitá-lo é não fazer justiça. E o fim do Judiciário é justamente realizar a justiça. Fracassando em sua finalidade, perde o Judiciário sua razão de ser e, com isso, compromete-se a sua estrutura constitucional.

A tutela de emergência está dentro das atribuições funcionais do Poder Judiciário sem possibilidade de restrição.

José Joaquim Gomes Canotilho³, ao estudar a função jurisdicional, assim se posicionou:

“A independência aponta também, e de uma forma decisiva, para a exigência da separação e exclusividade da função de julgar por parte dos juízes. Não basta, porém, ao contrário do que muitas vezes se julga, um poder judicial separado de outros poderes. A independência judicial postula o reconhecimento de uma reserva de jurisdição entendida como reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional. Esta reserva de jurisdição actua simultaneamente como limite de actos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional”.

Há inegável conteúdo jurisdicional em legislação que veda a concessão de liminares e de antecipações de tutela.

Portanto, a Lei nº 8.076/90 é toda inconstitucional. O artigo 2º da Lei nº 8.437/92 e a Lei nº 9.494/97, quando de suas interpretações resulte a impossibilidade de concretização da tutela de emergência, também se tornam inconstitucionais.

2. A PROPOSITURA DE NOVA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM BASE EM EXAME DE DNA E A COISA JULGADA

A evolução tecnológica do final do século XX tem lançado os juristas em verdadeiro estado de perplexidade, tal as potenciais transformações operadas na sociedade.

³. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 580, 1998, Livraria Almedina.

O desenvolvimento da genética permitiu a identificação do DNA e, por meio dele, tornou quase certa a paternidade. Se antes uma ação de investigação de paternidade dependia de meios probatórios imprecisos, como a prova testemunhal, a documental, a pericial hematológica e a de traços fisionômicos, agora o exame de pareamento cromossômico é prova quase definitiva e segura da paternidade.

Por causa desta nova realidade tecnológica, passou-se a indagar se seria possível reabrir discussão sobre a paternidade, encerrada pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Sabe-se que a coisa julgada é uma qualidade da sentença de mérito, quando dela não couberem mais recursos, e que torna imutável e indiscutível a sentença. A única possibilidade de reabrir a causa é a da ação rescisória, submetida, porém, ao prazo decadencial de dois anos após o trânsito em julgado.

Pois bem, superado o prazo de dois anos, é ainda possível intentar-se a ação rescisória ou propor-se nova ação de investigação de paternidade, com base na prova pericial de pareamento cromossômico, antes indisponível, ao tempo em que fora julgada a ação?

Para responder à grave questão antes é preciso recorrer ao texto constitucional, para dele extrair as principais regras constitucionais acerca do assunto.

A Constituição de 1988 foi extremamente ciosa de sua responsabilidade em enquadrar a família sob um novo enfoque, mais humano e menos discriminatório. O artigo 226 da Carta inaugura o capítulo da Família com uma portentosa afirmação de que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*. Está, portanto, prometida uma especial proteção, um algo a mais, um tratamento diferenciado e nobre à família.

Ora, segundo a longínqua tradição de nossa civilização, a família funda-se primordialmente no vínculo biológico. É certo que outros vínculos também remotos inauguram a família, como o civil, pelo casamento e pela adoção, e, mais recentemente, a união estável, consagrada pela Constituição. Mas, inegavelmente, o biológico tem, na sociedade atual, um valor muito mais arraigado e forte, embora sob tratamento jurídico igualitário.

Ultimamente, tem se pregado, com boa dose de razão e segura argumentação, que o vínculo sócio-afetivo também merece ser alocado entre os fundadores da família. Há alguns textos jurídicos extremamente consistentes sobre o assunto que levam a concluir pela absoluta procedência da tese, mas que não convém aqui citar para não fugir ao assunto principal.

De qualquer modo, a família, qualquer que seja sua origem, é merecedora de tutela constitucional.

Prosseguindo no exame da Constituição, depara-se com o artigo 227, parágrafo 6º, que assegura um direito ao estatuto familiar, ou, para dizer com José Afonso da Silva⁴, um direito de filiação:

“O art. 227, p. 6º, contém importante norma relativa ao direito de filiação, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações, aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas”.

Alude o Professor a um direito constitucional à igualdade de *qualificação* entre filhos adotivos e biológicos, e, para estes, independentemente de terem sido havidos sob o manto matrimonial. O que quer o texto constitucional é preservar o estatuto familiar acima de qualquer coisa, de qualquer tratamento, de qualquer designação, enfim, de qualquer discriminação.

O que está por trás do dispositivo, entre outras coisas, é a promulgação de um verdadeiro direito ao estatuto biológico. O vínculo biológico é preexistente até ao nascimento, é inerente ao ser humano, é inalienável, é perpétuo, quer a lei e a sentença o queiram ou não. Integra a dignidade do ser humano, que é um outro princípio agasalhado duplamente pela Constituição, no artigo 1º, III, e no artigo 227, este especificamente dirigido à criança e ao adolescente.

Tamanha a importância das ações de estado que a doutrina sempre lhes reconheceu a condição de ação perpétua, não submetida a qualquer prazo prescricional ou decadencial. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 149 estatuinto que *“é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”*.

Recolhendo as lições da doutrina e a interpretação do Supremo, ampliando-a até, a Lei nº 8.069/90, estabeleceu a perpetuidade das ações de estado:

“Art. 27 – O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser

⁴ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 710, 1988, Ed. Revista dos Tribunais.

exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Nesse aspecto, há verdadeira comunhão de entendimentos da doutrina, já há muito elaborada, e da lei relativamente recente. Uma e outra encontram apoio incondicional da Constituição, quanto à proteção da família e ao direito ao estatuto biológico.

Como compatibilizar tudo isso com o instituto da coisa julgada, tão importante para a segurança jurídica, tão antigo, tão fundamental para o direito processual e, ao mesmo tempo, tão hermético ao progresso tecnológico?

O ideal seria que a própria legislação ordinária previsse a possibilidade de ação rescisória nas ações de investigação de paternidade independentemente de prazo decadencial, em homenagem ao sobrevalor que a Constituição confere à família e ao direito ao estatuto biológico, sempre que prova nova surgisse para atestar a paternidade. A redação de um tal dispositivo poderia ser bastante similar à do inciso VII do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Não havendo tal previsão legal, resta, tão somente, uma árdua tarefa de interpretação. O mesmo inciso VII do artigo 485 poderia fornecer a porta de acesso à uma rescisória. Vejamos como está redigido o inciso:

“Art. 485 – A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

...

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Poderia a prova pericial ser considerada documento? No regime do Código de Processo Civil, documento não se confunde com prova pericial. A prova pericial consiste, segundo o mesmo Código, em exame, vistoria ou avaliação a ser procedida por alguém que reúna conhecimento técnico específico sobre determinada área do saber. Já o documento tem sido considerado qualquer representação do fato que se quer provar ou que contenha uma declaração de vontade. Nesse rol incluem-se qualquer escrito, público ou particular, bem como qualquer reprodução mecânica, como a fotográfia-

ca, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie (artigo 383 do Código de Processo Civil).

Francesco Canelutti⁵ definia documento como “*una cosa rappresentativa, o sea capaz de representar um hecho*”.

Assim, prova pericial não é documento.

Por outro aspecto, o inciso também não poderia ser utilizado porque, mesmo que se tratasse a prova pericial de documento, não seria *novo*, como exige o dispositivo referido. A propósito, consulte-se Barbosa Moreira⁶:

“Por documento novo não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo novo expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento ‘cuja existência’ a parte ignorava é, obviamente, documento que existia; documento de que ela ‘não pôde fazer uso’ é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e portanto existia”.

Em princípio, portanto, a ação rescisória não poderia ser utilizada. Não é que não devesse ser usada, mas reconhece-se a dificuldade de sua utilização no estágio atual da doutrina e da jurisprudência. E, realmente, a sua utilização não resolveria mesmo o problema em sua integralidade, porque limitada ao prazo decadencial de dois anos. Extrapolado o prazo, o problema se poria novamente, sem solução.

A resolução da questão passa, necessariamente, pelo reconhecimento da relatividade da legislação, que só é capaz de regular certas relações jurídicas que estão ao seu alcance de percepção e que só pode relacionar-se com coisas que conhece e que têm condição de compreender. A lei não pode regular tudo o que está além de seu alcance, além da vista do legislador, embora se proponha a ser o mais duradoura possível.

Responder à pergunta proposta demanda também certa dose de humildade dos juristas, que não podem se encerrar em uma redoma jurídica,

⁵ **La Prueba Civil**, p. 156, 1992, Ediciones Depalma.

⁶ **Comentários ao Código de Processo Civil**, volume V, p. 135/136, 1993, Ed. Forense.

alheando-se ao grande mundo que está aí fora, mundo de dinamismo, de avanços e progressos tecnológicos insuspeitados.

As restrições que a legislação infraconstitucional oferece à possibilidade de propositura de nova ação de investigação de paternidade com base em exame pericial de DNA só podem ser interpretadas de modo restritivo e relativo, referidas que estão a uma determinada época, a um estágio da sociedade, a uma etapa evolucionista da ciência. Superada a época, o estágio e a etapa para a qual foram construídas, as restrições perdem inteiramente sua razão de ser. A legislação infraconstitucional perde o seu proveito restritivo e deve ceder lugar aos princípios maiores do ordenamento jurídico.

Entre estes princípios reitores estão o que preconiza a proteção especial da família e o direito ao estatuto biológico (direito à filiação).

Forçoso admitir que não podem a lei, o Direito e a sentença alterar o estatuto biológico de alguém. Não podem alterar a genética porque nada podem contra as leis da natureza, que são leis que antecedem o próprio homem e suas regras sociais. A lei, o Direito e a sentença judicial prestam-se a resolver conflitos sociais despontados em determinado meio social e em determinada época. Não se prestam a alterar o inalterável, o que está, no momento atual, fora dos domínios do homem. Nem é seu propósito fazê-lo. É certo que a ciência está prestes a alterar mesmo as leis da natureza, procedendo à clonagem de seres humanos, à mutação genética, à reprodução assistida etc. Mas essas são tarefas da ciência biológica, que ao Direito cabe somente reconhecer. Não é de sua essência – nem sua finalidade – alterar as leis da natureza.

Por isso, é que a conclusão deve encaminhar-se para a admissão de nova ação de investigação de paternidade, tão somente para apreciação da prova pericial de pareamento cromossômico que não podia ser realizada à época da anterior ação de investigação de paternidade. A presidir a conclusão estão os princípios constitucionais acima referidos: a proteção especial da família e o direito ao estatuto biológico (direito à filiação).

O Ministro José Augusto Delgado⁷ chega à mesma conclusão, embora por fundamento diferente. Sustentou que a sentença injusta fere o princípio da moralidade pública e, assim, não pode prevalecer. Especificamente sobre o assunto examinado, diz o Ministro:

⁷ “Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”, in **Justiça & Cidadania**, Ano III, nº 14, Abril/2000, p. 16/20.

“A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na constituição, nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse poder absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo. A sentença transita em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.

...

A sentença não pode modificar laços familiares que foram fixados pela natureza.

No exemplo referido, há que ser considerada a fragilidade das provas testemunhais e documentais em confronto com a certeza da prova pericial representada pelo DNA, em razão da credibilidade que lhe dá a ciência”.

A solução ora proposta não está livre de problemas. Se ela se propõe a proteger a família e o direito de filiação, o mesmo raciocínio pode ser invocado para destruir famílias e o estado de filiação, bastando que o exame de DNA prove justamente o contrário: que alguém não é pai do filho que registrou. Cessam aí, de uma só vez, os vínculos da família e sanguíneo. Mas há que se considerar que também aí estar-se-á a proteger a família e o direito ao estatuto biológico. Por acaso o suposto pai não tem um direito ao reconhecimento de que determinado filho não é seu? Não tem direito ao reconhecimento de que não há vínculo biológico entre ele e o suposto filho? É indubitável que tem. E quanto ao argumento de que a interpretação sugerida serviria para destruir famílias, é preciso dizer que quando o suposto pai pretender realizar o exame pericial de DNA é sinal de que família já não há: ela já teria sido desfeita pela ausência completa de afetividade. A permanência do reconhecimento jurídico da família, nesse caso, seria, também, um tratamento jurídico inteiramente artificial, criado pelo Direito, mas inexistente na essência.

Outro problema se coloca. A abertura da via para a desconstituição de uma sentença de mérito diante de avanços tecnológicos pode ser perigo-

sa e gerar instabilidade jurídica. Suponha-se que nova ação de indenização por danos causados por desabamento de prédios seja proposta com base em prova pericial agora irrefutável e que à época da anterior ação não podia ser realizada. Idem com relação a acidentes de trânsito. E assim sucessivamente. Realmente o risco existe e para obviá-lo só resta recorrer à interpretação constitucional. Sempre que um valor constitucional impuser, de modo inelutável, a necessidade de desconstituir-se a sentença trânsita em julgado, só cabe ao intérprete declará-lo. Mas é preciso admitir que os exemplos acima, que tratam de indenizações, dificilmente encontrariam guarida em princípios constitucionais ao ponto de destituir-se a segurança jurídica decorrente da coisa julgada para permitir a reabertura da discussão.

Para sepultar os inegáveis problemas que podem advir da solução ora preconizada só mesmo a legislação estabelecer que as sentenças proferidas em ações de estado não fazem coisa julgada material quando o avanço tecnológico permitir a realização de prova pericial não utilizada à época porque indisponível.

Enquanto isso não ocorrer, o recurso à interpretação sob a ótica da Constituição deve permitir a propositura da nova ação de investigação de paternidade exclusivamente para conhecimento de prova pericial de pareamento cromossômico.

Não se pode deixar à deriva importantes princípios constitucionais – proteção à família e direito ao estatuto biológico – por inviabilidade originada de lei infraconstitucional a qual não era permitido conhecer o futuro.

3. CRIME HEDIONDO E POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA COM OU SEM FIANÇA

Várias são as situações em que a simples propositura da demanda penal e seu recebimento provocam restrições de direitos do réu. Os exemplos mais expressivos são o recebimento da denúncia por crime hediondo e por crime inafiançável. No primeiro caso, fica vedada a concessão de fiança e de liberdade provisória e, no segundo caso, a concessão de liberdade provisória mediante fiança.

Há, ainda, um grupo de situações em que, até sem denúncia, mas tão só com a capitulação atribuída pela autoridade policial, direitos do indiciado são restringidos: a capitulação por crime que admita a prisão temporária e a capitulação por crime que permita a interceptação de correspondência telefônica.

De todas as situações mencionadas, examinemos somente a situação de denúncia por crime hediondo. É preciso enfrentar, primeiramente, a questão se a qualificação do crime como hediondo evitaria a revogação da preventiva ou a concessão da liberdade provisória. A prisão preventiva, como espécie de prisão cautelar, só encontra fundamentação constitucional nos pressupostos da cautelaridade: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Carecendo de um deles, a medida deixa de ser cautelar e, desse modo, torna-se ilegítima. Portanto, os pressupostos para a decretação da preventiva devem ser examinados antes do exame da qualificação do crime como hediondo. Não havendo tais pressupostos, rui por terra o decreto de prisão, independentemente de o crime ser qualificado como hediondo.

Do mesmo modo, a circunstância de tratar-se de crime hediondo não pode servir, de modo absoluto, de impedimento à liberdade provisória. Isso porque os dispositivos constitucionais que garantem a liberdade como direito fundamental, de um lado, e o que prevê a inafiançabilidade dos crimes hediondos e a vedação legal à liberdade provisória, de outro, precisam ser harmonizados. Um não pode ser interpretado alheio ao outro. O direito à liberdade não é absoluto, do mesmo modo que a proibição da liberdade não o pode ser. O único critério democrático e seguro para harmonizar os dispositivos e conciliar os direitos individuais com os direitos da sociedade em proteger-se é o do exame da *necessidade* e da *conveniência* da prisão.

A lei dos crimes hediondos cria a presunção de que essa necessidade e conveniência existem em razão da gravidade da infração. Mas a presunção não pode ser absoluta e deve admitir prova contrária, a cargo do réu. Inverte-se, assim, o ônus da prova: a liberdade passa a ser exceção e a prisão, a regra.

Por outro lado, manter a prisão tão-somente porque a lei impede a liberdade provisória, sem qualquer necessidade de fundamentá-la em fatos concretos, é violar o princípio constitucional do devido processo legal, não em sua dição abstrata, mas em sua aplicação concreta que ordena que qualquer constrição de direitos só pode ocorrer se for justificada, legítima e devidamente fundamentada.

Negar tal raciocínio equivale a recusar ao Poder Judiciário o poder-dever de prestar jurisdição e de aplicar o Direito ao caso concreto, em um processo dialético presidido pelo ideal de Justiça.

Ademais, aprofundando o debate e ampliando a margem de discussão, não se pode olvidar que a Constituição assegura às partes isonomia

processual, não só garantindo iguais instrumentos para a perseguição da tutela jurisdicional almejada, como impedindo que uma das partes submeta inteiramente a outra, de modo a acarretar a esta a perda de direitos constitucionalmente assegurados. Em outros termos, não se pode conferir ao Ministério Público o poder absoluto de, ao capitular a infração penal por ocasião da denúncia, suprimir ou restringir direitos constitucionalmente assegurados, sem que se possa permitir ao Juiz, em cognição provisória e sem adentrar o mérito, restabelecer tais direitos quando parecer justificável fazê-lo, mesmo já tendo recebido a denúncia. Tornando ainda mais clara a afirmação: a capitulação dada na denúncia, devidamente recebida, enquadrando um crime como hediondo, é apenas uma pretensão, uma situação jurídica, que para se configurar necessita da sentença condenatória. Por ser uma pretensão, provisória e abstrata, a denúncia e seu recebimento, por si só, não podem impedir a concessão da liberdade e a revogação da preventiva.

Aliás, a denúncia nada mais é do que o exercício do direito público, abstrato e genérico de invocar a tutela jurisdicional do Estado. Seu exercício não pode provocar automaticamente a vedação da liberdade provisória. Algo mais há que existir. Nesse sentido, o Código de Processo Penal, no artigo 383, exige, como não poderia deixar de ser, a cognição judicial sobre a definição jurídica do fato descrito na denúncia, permitindo ao Juiz modificá-la, ainda que com isso aplique pena mais grave. O artigo 384 do Código, igualmente, permite a cognição judicial para ajustar o fato narrado na denúncia à prova dos autos.

Mais uma vez, não se diga que o recebimento da denúncia torna preclusa a discussão em momento anterior ao da sentença de mérito e, assim, legitima aquela classificação legal e a restrição de direitos constitucionais. Não. Tanto quanto a denúncia, o despacho liminar de conteúdo positivo que a segue é igualmente abstrato, superficial, sem exame do mérito, limitando-se o Magistrado a verificar se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Entretanto, quando a denúncia, devidamente recebida, acarreta a restrição de direitos, é dever permanente do Juiz analisar mais profundamente a capitulação provisória da peça inicial e, se for o caso, afastar a restrição em cognição igualmente provisória e apenas na medida necessária para restabelecer o equilíbrio das partes no processo e o regular exercício de direitos constitucionais.

Isso é possível porque vigora, quanto à jurisdição, o princípio do *jura novit curia*, pelo qual a demanda deve conter tão só o pedido e a causa de pedir, dispensada a parte de dar a qualificação jurídica do fato. Tanto é assim que o Juiz pode dar qualificação jurídica diversa da constante da denúncia, ainda que isso possa acarretar pena mais severa, segundo a dicção do artigo 383 do Código de Processo Penal.

Analisando o princípio *jura novit curia* à luz do direito argentino, e especificamente, quanto à cessação antecipada de prisão preventiva por superveniente denúncia com qualificação jurídica que impeça a sua decretação, Clariá Olmedo⁸ concluiu que, mesmo com a capitulação impeditiva de prisão preventiva, a prisão poderia ser decretada ou mantida:

“Otro supuesto de cese anticipado se presenta cuando la causa es elevada a juicio por un delito que no permita la prisión preventiva, al modificarse por la acusación la calificación legal contenida en el procesamiento. Aquí el problema presenta serias dudas, sin embargo, si se tiene en cuenta que para el tribunal de juicio rige el iura curia novit. Pensamos que si bien no podría negarse la excarcelación, ante este supuesto debe mantenerse la medida ordenada”.

Se a qualificação jurídica de um fato criminoso compete primordialmente ao Juiz, com maior razão, quando essa qualificação importa em restrição à liberdade, é função indelegável do Juiz avaliar a correspondência entre a qualificação jurídica e a restrição por ela provocada. A esse respeito vige não só a reserva de jurisdição, mas, especificamente, a reserva de juiz, tão bem explicada por Canotilho⁹:

“A ideia de reserva de jurisdição implica a reserva de juiz (Richtervorbehalt) relativamente a determinados assuntos. Em sentido rigoroso, reserva de juiz significa que em determinadas matérias cabe ao juiz não apenas a última mas também a primeira palavra. É o que se passa, desde logo, no domínio tradicional das penas restritivas da liberdade e das penas de natureza criminal na sua globalidade. Os tribunais são os ‘guardiões da liberdade’

⁸ **Derecho Procesal Penal**, v. II, p. 452, Marcos Lerner Editora

⁹ *Op. cit.*, p. 580.

*e daí a consagração do princípio **nulla poena sine iudicio** (CRP, artigo 32º/2).*

Não há dúvida que, não só no exemplo referido pelo notável constitucionalista, da pena criminal, mas toda outra atividade estatal que importe em cerceamento de liberdade ambulatorial é reservada ao Judiciário, que necessariamente terá a primeira e a última palavra.

Seja por que fundamento for, o Superior Tribunal de Justiça já demonstra segura tendência para admitir a liberdade, mesmo contra texto expresso da lei, mas bem interpretando a Constituição.

A qualificação como hediondo não obriga, por si só, a permanência da prisão. Aí está a interpretação constitucional. A presunção de inafiançabilidade e de impedimento à liberdade criada pela Constituição e pela Lei dos crimes hediondos só tem justificação se encontrar apoio na razoabilidade, na necessidade e na conveniência, remontando, em última instância, aos pressupostos de cautelaridade: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Tais pressupostos estão simplesmente presumidos pela gravidade da infração, mas admitem prova em contrário, do mesmo modo que a capitulação dada na denúncia, mesmo recebida, comporta permanente cognição judicial, antecipada e superficial embora, especificamente para o exame da conveniência e necessidade da imposição de restrições a direitos constitucionais.

4. CONCLUSÃO

Finalizando, Wilhelm Humboldt¹⁰ disse, em outro contexto: “*As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las*”.

Ora, se a Constituição precisa do tempo para originar-se, precisará de mais tempo ainda e de muito trabalho de interpretação para desenvolver-se plenamente. De nada vale uma bela Constituição sem tempo e sem trabalho de interpretação do mesmo modo que de nada valem as pétalas cerzidas pelas mãos sábias da natureza, se não tivermos olhos para enxergá-las, olfato para sentir-lhes o perfume e sensibilidade para compreendê-las. ♦

¹⁰ *Apud* Konrad Hesse, *ob.cit.*